

Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid
Van Arnout Stroeve
Maarten Appels
Inzake Reactie Van Doorne N.V. op consultatie voorontwerp Wet modernisering
personenvennootschappen
Datum 31 mei 2019

Van Doorne heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen. Wij constateren dat het voorontwerp een belangrijke verbetering inhoudt van de regeling voor personenvennootschappen. Over de noodzaak om tot een betere regeling te komen dan de huidige archaïsche en verspreide regeling is al veel gezegd en behoeft hier geen herhaling.

Het doel van de voorgestelde regeling is om te komen tot een betere en modernere regeling voor ondernemers. Naar onze mening wordt dit doel met het voorontwerp bereikt. Daarnaast is de voorgestelde regeling evenwichtig als het gaat om de balans tussen een betere regeling voor ondernemers enerzijds, en de bescherming van de belangen van schuldeisers anderzijds. Omdat er dus veel positiefs valt te zeggen over het voorontwerp, kunnen wij deze reactie kort houden. Wij doen hierna een aantal suggesties voor verbetering. Wij merken daarbij wel op dat de consultatie onvolledig is omdat er geen inzicht is in de fiscale behandeling van de nieuwe personenvennootschappen.

1. Artikel 800 – Onderscheid beroep en bedrijf

- 1.1 Het voorontwerp beoogt terecht volledig afscheid te nemen van het reeds lang verouderde onderscheid tussen beroep en bedrijf (Ontwerp Memorie van Toelichting, p. 18). Dit onderscheid is niet langer van deze tijd en kan daarom worden gemist. Daarmee komt terecht ook het verschil in aansprakelijkheid te vervallen. In het voorontwerp is het verlaten van het onderscheid echter niet volledig doorgevoerd. Zo treffen wij het onderscheid nog aan in het voorgestelde artikel 800 lid 1, 2 en 3 en in het voorgestelde artikel 806 lid 4 BW. De Ontwerp Memorie van Toelichting geeft aan dat dit een optie is, die van belang is voor bestaande maatschappen en vennootschappen onder firma. De gedachte is begrijpelijk maar consequent is het niet. Naar wij menen kunnen deze verwijzingen naar het te verlaten onderscheid in de uiteindelijke wet worden gemist. De behoefte van bestaande maatschappen en vennootschappen onder firma om deze aanduiding te blijven gebruiken kan worden opgelost met een overgangsbepaling. Daarbij verwijzen wij voorts naar ons commentaar bij het voorgestelde artikel 806 lid 4 BW, waar reeds wordt gesuggereerd dat de frase waarin de verwijzing naar het onderscheid voorkomt, geschrapt wordt.
- 1.2 Het schrappen van de verwijzing naar het onderscheid tussen beroep en bedrijf in artikel 800 lid 1 BW zou een leemte veroorzaken, en deze zal moeten worden opgevuld. Dit kan naar onze mening geschieden door het meer algemene begrip 'onderneming' – zoals de wet dit reeds hanteert voor de

activiteiten die de vennootschapsvormen van Boek 2 BW ontplooiën – voor het begrippenpaar beroep of bedrijf in de plaats te stellen.

- 1.3 Men vergelijkte in dit verband art. 1:1 van het recentelijk in werking getreden Belgische Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: 'Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen *en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp*. Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen' (curs. toegevoegd).

- 1.4 Suggestie:

Artikel 800 komt te luiden: "*Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking tot de uitoefening van een onderneming met inbreng door ieder van de partijen, vennoten, met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen.*"

2. Artikel 801 – Dwingend recht

- 2.1 Het voorgestelde artikel 801 verklaart diverse bepalingen in het voorontwerp van dwingendrechtelijke aard. Bij diverse bepalingen is deze keus begrijpelijk en zouden wij haar willen ondersteunen. In het bijzonder de bepalingen die de belangen van crediteuren mede beogen te beschermen, zoals de administratieplicht (het voorgestelde artikel 806) en de vereffeningbepaling (het voorgestelde artikel 816), zijn daarmee terecht als dwingendrechtelijk van aard in het voorontwerp opgenomen.

- 2.2 Ten aanzien van sommige bepalingen zouden wij menen dat het dwingendrechtelijk karakter niet noodzakelijk is. Niet noodzakelijk dwingend recht dient onzes inziens zoveel mogelijk te worden vermeden. Dit geldt temeer voor het personenvennootschapsrecht, nu dit rechtsgebied als onderdeel van het contractenrecht vertrekt vanuit het beginsel van de partijautonomie (zoals terecht benadrukt onder nummer 3 Ontwerp Memorie van Toelichting).

- 2.3 Suggestie:

De bepalingen waarvan wij menen dat zij niet van dwingend recht behoren te zijn, althans waarvan het dwingendrechtelijk karakter nader zou moeten worden onderbouwd, zijn: artikel 804 lid 5 (betreffende rekening en verantwoording), artikel 807 lid 3 (bevoegdheid tot vaststelling resultaat kan niet aan derden worden toegekend) en artikel 813 (vernietigbaarheid opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid).

3. Artikel 803 - Rechtspersoonlijkheid.

- 3.1 Het voorontwerp bepaalt dat een vennootschap een rechtspersoon is. De voordelen die samenhangen met het zijn van rechtspersoon zijn duidelijk (vereenvoudiging van toe- en uittreden van vennoten; vermijden van een bijzondere gemeenschap), en deze behoeven wat ons betreft geen verdere discussie. Wat wel discussie behoeft is de vraag waarom rechtspersoonlijkheid niet een optie is. De personenvennootschap wordt op dit moment gebruikt door ondernemers die er om diverse redenen voor kiezen om geen vennootschap op te richten met rechtspersoonlijkheid. Dit ondanks het feit dat het oprichten van - bijvoorbeeld - een besloten vennootschap eenvoudig is, en de kosten ervan overzichtelijk zijn. Ondernemers die ervoor kiezen om een vennootschap aan te gaan die geen "Boek 2 rechtspersoon" is, zou volgens ons de optie moeten hebben om van de vennootschap een rechtspersoon te maken. We betreuren het dan ook dat de optie van rechtspersoonlijkheid uit het eerdere ontwerp van titel 7:13 niet in het voorontwerp is opgenomen. Het is niet denkbeeldig dat de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap onwenselijk kan zijn bijvoorbeeld in het kader van (internationale) fiscale structurering (hoewel als gezegd een ontwerp voor een fiscale regeling ontbreekt).
- 3.2 Naast dit meer principiële punt zien wij ook juridische bezwaren tegen de voorgestelde regeling: de Ontwerp Memorie van Toelichting bepaalt dat de vennootschap vormvrij kan worden aangegaan. Het kan dus zo zijn dat een vennootschap ontstaat bij mondelinge overeenkomst. Aan deze vennootschap wordt vervolgens van rechtswege rechtspersoonlijkheid toegekend. Dit brengt tal van praktische bezwaren met zich mee. Hoe kan een notaris bijvoorbeeld aandelen leveren aan een rechtspersoon die noch blijkt uit een schriftelijke overeenkomst dan wel uit een inschrijving in het handelsregister? Deze rechtsonzekerheid komt ons onwenselijk voor. Wij geven in overweging om de rechtspersoonlijkheid pas toe te kennen aan de vennootschap vanaf het moment van inschrijving bij de kamer van koophandel.

4. Omzetting

- 4.1 De rechtspersoon wordt, op een enkele bepaling na, buiten het domein van Boek 2 geplaatst. Dat is begrijpelijk, omdat de personenvennootschap op veel punten fundamenteel verschilt van de besloten vennootschap en de naamloze vennootschap uit Boek 2, en vermeden moet worden dat er geen duidelijke scheidslijn bestaat tussen deze types rechtspersonen. Met het nadeel dat dan niet langer alle rechtspersonen in hetzelfde boek worden geregeld valt te leven. Toch zouden wij willen oproepen om op één punt de verbinding nu juist wel te maken: wij geven in overweging om in het voorontwerp op te nemen dat een personenvennootschap kan worden omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.
- 4.2. Het lijkt ons bepaald niet denkbeeldig dat ondernemers een onderneming gedreven in de vorm van een personenvennootschap wensen voort te zetten in de vorm van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, bijvoorbeeld doordat de onderneming groeit, omdat zij de regeling voor

aansprakelijkheid van artikel 809 niet langer wensen, dan wel vanuit fiscaal perspectief. Een dergelijke voortzetting van de vennootschap in de rechtsvorm van een besloten vennootschap zal met inachtneming van artikel 819 als volgt kunnen worden geëffectueerd: de vennoten richten gezamenlijk een besloten vennootschap op ("**Newco**"). Deze Newco treedt vervolgens toe tot de bestaande vennootschap. Vervolgens wordt de vennootschap ontbonden waarbij het vermogen van de vennootschap onder algemene titel overgaat op Newco.

- 4.3. Het is de vraag of de in 4.2. beschreven structurering recht doet aan de gewenste simplificering en praktische bruikbaarheid voor het handelsverkeer. Wij geven in overweging om in Boek 2 de mogelijkheid te openen voor omzetting van een vennootschap als bedoeld in titel 7.13 in een besloten vennootschap. Hiervoor zou het passeren van een notariële akte van omzetting vereist moeten zijn. Een dergelijke omzetting zou een belangrijke beperking inhouden van de verhaalsmogelijkheden van crediteuren. Vanuit het perspectief van crediteurenbescherming zou aansluiting gezocht kunnen worden bij artikel 809 lid 4: een rechtsvordering tegen een vennoot tot nakoming van ten tijde van de omzetting bestaande verbintenissen van de vennootschap, verjaart op het tijdstip dat ook de rechtsvordering tegen de vennootschap verjaart, en in ieder geval door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgend op de dag waarop de omzetting van kracht geworden is. Hiermee wordt voorkomen dat de mogelijkheid tot omzetting in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan worden misbruikt ten nadele van crediteuren. De behoefte in de praktijk aan het omgekeerde – het omzetten van een besloten vennootschap in een personenvennootschap – lijkt ons gering en kan wat ons betreft ongeregeld blijven.

5. Artikel 804 lid 2 – Besluitbegrip

- 5.1 In het voorgestelde artikel 804 lid 2 BW staat te lezen dat besluiten van de vennoten worden genomen met instemming van alle vennoten. De Ontwerp Memorie van Toelichting stelt in dit verband dat de term 'besluit' die in deze titel wordt gebruikt een eigen betekenis heeft, namelijk een meerzijdige rechtshandeling op grond van de overeenkomst van vennootschap, die strekt tot de uitvoering of aanpassing van deze overeenkomst (pagina 30). Wij menen dat indien zulks is beoogd, het aanbevelenswaardig is dit bijzondere karakter van het besluitbegrip in de wettekst tot uitdrukking te brengen. De huidige tekst kan namelijk licht aanleiding geven tot analogische redeneringen op basis van het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW, terwijl dit gezien de Ontwerp Memorie van Toelichting niet bedoeld is.

- 5.2 Suggestie:

Aan het tweede lid van artikel 804 wordt als tweede volzin toegevoegd: "*Een besluit in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling op grond van de overeenkomst van vennootschap, die strekt tot de uitvoering of aanpassing van deze overeenkomst*".

6. Artikel 805 lid 2 – Nalevingsplicht

- 6.1 Het voorgestelde artikel 805 lid 1 bepaalt dat de vennoten zich jegens elkaar gedragen zoals een goed vennoot betaamt. Daarbij geeft het tweede lid van het voorgestelde artikel een overzicht van bepaalde handelingen waarvan de vennoten zich moeten onthouden. Dit tweede lid vormt daarmee een verbijzondering van de algemene norm van lid 1. Naar wij menen is deze opzet geslaagd, doch zou ten behoeve van de rechtszekerheid een aanvulling aanbevelenswaard zijn.
- 6.2 Het voorgestelde artikel 804 lid 1 bepaalt dat de vennoten de vennootschap gezamenlijk besturen. Nu de vennootschap in de opzet van het voorontwerp steeds rechtspersoonlijkheid heeft, ligt het daarmee voor de hand dat voor het bestuur van personenvennootschappen en het bestuur van kapitaalvennootschappen gelijke normen gelden waar het gaat om de gevolgen van deze rechtspersoonlijkheid. In het kapitaalvennootschapsrecht geldt dat het bestuur de doelverwezenlijking van de rechtspersoon moet betrachten, maar dat daarbij de belangen van derden niet onevenredig mogen worden geschaad (HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 m.nt. R.G.J. de Haan (Cancun), r.o. 4.2.2).
- 6.3 Uit de voorgaande regel vloeit voort dat het bestuur verplicht is de rechtspersoon te bewegen tot naleving van de voor hem geldende rechtsnormen. Deze nalevingsplicht waarborgt dat het bestuur van een rechtspersoon niet ertoe leidt dat door overtreding van rechtsnormen de belangen van derden onevenredig worden geschaad (K.H.M. de Roo, 'De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2018/2). Naar wij menen behoort dit laatste eveneens te gelden voor het bestuur van personenvennootschappen, nu in de opzet van het voorontwerp ook zij rechtspersoonlijkheid zullen hebben.
- 6.4 Suggestie:

Aan artikel 805 lid 2 wordt een sub e toegevoegd. Deze bepaling luidt: "*het bevorderen of gedogen van onrechtmatig of wederrechtelijk handelen door de vennootschap.*"

7. Artikel 806 lid 4 – Administratieplicht

- 7.1 Het vierde lid van het voorgestelde artikel 806 bepaalt dat de vennoten verplicht zijn "van de vermogenstoestand van de vennootschap en van alles betreffende het beroep of het bedrijf van de vennootschap, naar de eisen van dat beroep of bedrijf" een administratie te voeren, opdat "te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend".
- 7.2 Deze bepaling sluit aan bij artikel 2:10 BW. In zoverre is begrijpelijk dat voor de weergegeven bewoordingen is gekozen. Niettemin zouden wij in overweging willen geven de frase "van alles betreffende het beroep of het bedrijf van de vennootschap, naar de eisen van dat beroep of bedrijf" te schrappen. Deze frase voegt namelijk niets toe aan de norm van het voorgestelde artikel dat niet reeds blijkt uit de verplichting tot het voeren van een administratie opdat te allen tijde de rechten en

verplichtingen kunnen worden gekend. Verder is "alles" een norm waaraan in veel gevallen niet zal kunnen worden voldaan.

7.3 Suggestie:

Artikel 806 lid 4 komt als volgt te luiden: "*De vennoten zijn verplicht van de vermogenstoestand van de vennootschap op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze gedurende zeven jaren te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend.*"

8. Artikel 809 lid 2 – Verbondenheid vennoten bij persoonlijke opdracht

8.1 Het voorgestelde artikel 809 lid 2 bepaalt dat de vennoot aan wie de wederpartij uitdrukkelijk uitvoering van een opdracht heeft toevertrouwd, naast de vennootschap voor het geheel aansprakelijk is jegens derden ter zake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. In de Ontwerp Memorie van Toelichting wordt op pagina 45 vermeld dat indien bij de uitvoering van de opdracht blijkt dat deze niet door de betrokken vennoot, maar hoofdzakelijk door andere vennoten of door werknemers van de vennootschap worden uitgevoerd, de redelijkheid en billijkheid zich zal verzetten tegen het invoeren van deze specifieke bepaling door de vennootschap.

8.2 Het komt ons voor dat hetgeen de Ontwerp Memorie van Toelichting beschrijft omtrent de redelijkheid en billijkheid een wettelijke uitwerking behoeft omwille van de rechtszekerheid. Indien reeds voorshands vaststaat dat de redelijkheid en billijkheid deze regel inhoudt – zoals de Ontwerp Memorie van Toelichting naar ons inzicht terecht opmerkt – is het niet noodzakelijk de toepassing van deze specifieke norm afhankelijk te doen zijn van de interpretatie van een volkomen open norm als de redelijkheid en billijkheid. Dit bergt namelijk het risico in zich dat in de rechtspraktijk de kennelijk beoogde norm anders zal worden toegepast dan zij is beoogd, namelijk conform de opvatting van de desbetreffende rechter omtrent de redelijkheid en billijkheid.

8.3 Suggestie:

In het voorgestelde artikel 809 lid 2 wordt een nieuwe volzin toegevoegd. Deze luidt als volgt: "*Blijkt bij de uitvoering van de opdracht dat deze geheel of hoofdzakelijk door een of meer anderen dan de betrokken vennoot wordt uitgevoerd, dan kan de vennootschap of een derde zich niet op de bepaling in de eerste volzin beroepen.*"